

《博士論文要旨および審査報告》

——学位請求論文——

張光雲 中国刑法における犯罪概念と犯罪の構成 ——日本刑法との比較を交えて——

I 論文要旨

法学研究科博士後期課程 張 光雲

1 本論文の考察の目的

本論文は、現代中国刑法における犯罪概念規定および犯罪成立要件の基礎理論を解明し、その問題点を指摘しつつ、罪刑法定主義の定着を図るために、幾つかの提言を行おうとするものである。

今、中国社会は大きな転換期にある。そこでは、あらゆる領域において価値の衝突する場面が見られる。刑法分野もその例外ではない。

1997年、中国は、1980年に施行された旧刑法（1979年刑法）を全面的に改正した。新刑法（1997年刑法）において、最も脚光を浴びたのは、類推適用制度や政策の法源性を廃棄して、罪刑法定主義の原則（第3条）を導入したことにある。これには、これまで拒絶し続けられてきた近代刑法の基本原則である罪刑法定主義を受容するという意味が含まれている。しかし、その一方、罪刑法定主義と調和しにくい中国の法制度や刑法理論体系は、大きく変動するようには見られない。いかに罪刑法定主義を法制度や刑法理論に取り込むかは、なお課題として残っている。その障害の一つ挙げるならば、まずは中国刑法における犯罪概念規定（第13条）およびその理論を挙げることができよう。1997年刑法の犯罪概念規定は、1979年刑法の犯罪概念規定をおおよそ同じ形で踏襲している。犯罪概念、とりわけ実質的犯罪概念である社会的危害性は、中国の刑罰法規や刑法理論の中心的位置に据えられており、刑罰法規の正当化根拠や刑法理論の展開の出発点にされて

いる。

このように、1997年刑法には、罪刑法定主義に象徴される近代刑法の基本原則と社会的危害性論に代表されるソビエトの刑法原理（マルクス主義刑法理論）が、併存している。この二つの異なる法体系から導き出される法理念には、矛盾が生じているかどうかとも考察する。

2 考察の方法

現代中国刑法の歴史は、実質的犯罪概念と罪刑法定主義の対抗と妥協の歴史であった。犯罪概念の歴史的な流れを解明することによって、中国刑法が抱えている問題がより明晰になるであろう。その意味で、まずは、犯罪概念の歴史的背景を出発点としなければならない（第1章）。次に、実質的犯罪概念を担っている社会的危害性論を究明し、犯罪概念の中核というべき問題に迫る必要がある（第2章）。そして、犯罪概念の中において罪刑法定主義の担い手としての意味合いを含み持っている刑事違法性と社会的危害性との関係を検討し（第3章）、犯罪構成論の問題に移る。刑事違法性と犯罪構成論は、いずれも社会的危害性論を克服するための理論ではないことを明らかにした上で、罪刑法定主義の定着を図るための提言を試みたい（第4章）。最後に、犯罪概念の例外である刑法第13条の「犯罪概念規定但書」を検討する必要がある。「例外にこそ物事の本質の現れ」という言葉があるように、犯罪概念規定但書の受け皿の一つである治安管理処罰法を検討することにより、社会的危害性論の性質が一層明確になる（第5章）。

3 論旨の構成

本論文は、次の7章から構成されている。

序 章 中国刑法の問題状況とその課題

第1章 犯罪概念の歴史的概観

第2章 社会的危害性論

第3章 犯罪概念特徴論

第4章 犯罪概念と犯罪構成論

第5章 犯罪概念規定但書の射程範囲——治安管理処罰法を中心に——

終 章 総括と展望

4 本論文の概要

(1) 序章について

中国刑法の問題状況として、次のことを明らかにした。すなわち、1997年の中国新刑法典は、社会主義刑法の要である社会的危害性を中心とする犯罪概念規定と、近代刑法の基本原則である罪刑法定主義との二つの相容れない理念が併存している状況にある。この問題状況を踏まえ、中国刑法における犯罪概念の歴史的概観、社会的危害性論、犯罪概念特徴論、犯罪概念と犯罪構成論との関係、犯罪概念規定但書の射程範囲などの問題点を究明し、罪刑法定主義の定着を図るために幾つかの提言を行うことが本論文の目的である。

(2) 第1章について

本章は、中国刑法における犯罪概念、およびその前史である旧ソ連における犯罪概念の歴史的概観について、刑法典の制定経緯や時代背景を踏まえながら考察することを目的とした。

1) 旧ソ連は、1917年の新政権初期段階において革命的法意識に反しない限りにおいて旧法の適用を容認する措置をとったが、ほどなく旧法を一切継受しないという措置をとった。その時点では法制度がまだ整備されていなかったため、法体系上に大きな空白が生じていた。そのため、実質的犯罪概念がほとんど制約されることなく、適用されていた。1919年以降においては、刑法典が制定されたが、犯罪概念の規定には、社会的危険性（社会的危害性）、つまり実質的犯罪概念だけが規定され、一元的構造を有していた。類推適用が認められ、実質的犯罪概念が類推適用の正当化根拠および基準を提供していた。1958年以降では、類推適用の許容規定が廃止され、罪刑法定主義を導入した刑法典が制定された。それにより、形式的犯罪概念の要素が犯罪概念の規定に導入されたが、実質的犯罪概念も残された。犯罪概念の規定は、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念要素の二元的構造になった。このように、旧ソ連の犯罪概念は、三つの段階として捉えることができる。

中国の刑法の発展段階は、大きく捉えれば、旧ソ連と同じような三つの段階を経てきた。建国期の段階では、旧法の一切不継受を出発点としたが、法典化作業が失敗に終わって、社会が約30年間無法に近い状態になり、大混乱に陥った。こ

の時期は、法律なき犯罪を正当化する実質的犯罪概念が支配していた時期であった。その期間は、旧ソ連より二十数年も長かった。

文化大革命を経た後の段階では、旧ソ連と同様、類推適用を許容する1979年刑法典が制定された。ただし、形式的犯罪概念の要素も犯罪概念の規定に一応導入されたことから、この段階で、犯罪概念の規定は二元的構造となった。

1997年以降の段階では、旧ソ連と同じく、刑法典には類推適用規定を廃止して罪刑法定主義を導入した1997年刑法典が制定されたが、実質的犯罪概念がなお犯罪概念規定の中に残されている。

2) 法は支配階級が被支配階級を支配する道具であるという法の階級性原理からすれば、中国共産党政権にとって、旧政権の階級支配道具であった旧法を適用して裁判を行うことは、原理上に矛盾が生じてしまう不都合があった。旧法の適用を禁止する措置は、原理上の矛盾を回避できたと言える。しかし、イデオロギーを先行させ、現実を無視したことにより、法体系に大きな空白が生じてしまった。このことは、刑法上の空白を補うため、法の階級性原理を内在化した実質的犯罪概念が現実的に必要だということにつながる。

犯罪概念の実質的定義だけを重視すれば、実定法の実在を無視してもよいことになり、さらに、この実質的犯罪概念の考えを徹底すれば、法ニヒリズムという帰結にもなる。しかし、実定法を介在しない社会秩序づくりは成功せず、社会の混乱を招いてしまうだけの結果となった。それに対する反省から、実定法も次第に重視されるようになった。実定刑法がより充実されるにつれて、形式的犯罪概念も重要視されることになった。これにより、刑事違法性、つまり形式的犯罪概念も犯罪概念に採り入れられ、犯罪概念規定は二元的構造となった。

このように、中国における犯罪概念史およびその前史は、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念との対抗と妥協の歴史であった。その妥協の結果、イデオロギーに重きを置いている現行刑法典にも、罪刑法定主義が導入されることとなった。

しかし、イ) 社会的危害性は、どのようなものであるか、またどのようなような機能を持っているのか、ロ) 罪刑法定主義が導入された後、犯罪概念の規定においては、社会的危害性と刑事違法性がどのような関係にあるのか、ハ) 犯罪論上に罪刑法定主義を貫徹するためにはどのような方策が必要なのかなど、といった問題が残されている。次章以降ではこれらの点について、検討を進めた。

(3) 第2章について

本章は、中国刑法における中心的な存在である社会的危害性論について、その思想的背景を明らかにした上で、犯罪概念規定但書との問題点や社会的危害性の概念をめぐる論争を考察することを目的とした。

1) 1949年の共産党新政権の誕生以後、中国においては、階級性原理によって形成された人民民主主義専政（独裁）の観念が支配的である。人民民主主義専政の観念が刑法上に理論化されたものが、社会的危害性論である。すなわち、人民民主主義専政のイデオロギーが、社会的危害性論を通じて、刑法に送り込まれているのである。社会的危害性のイデオロギー的な機能は、人民民主主義専政論を刑法上に実現することである。この機能こそが、社会的危害性論が社会主義刑法学（マルクス主義刑法学）の核心に据えられる最も重要な要因である。

刑法道具論は、しばしば批判される。たしかに、中国刑法においては、刑法道具論が強調されている。しかし、刑法が道具であることは、それ自体間違っているのではない。刑法が自己営為でない以上、何らかの目的を持たされることは否定できない。「制度は所詮は道具であり、何の目的のためにも用いられる」という指摘があるように、誰がどんな目的を持って行うかを究明することは、重要である。伝統的中国刑法理論において強調されていることは、刑法は「人民民主主義専政」の道具であるというテーゼである。つまり、その目的は、階級性原理からきた人民民主主義専政にある。

人民民主主義専政の下では、法への政治介入は制度化されている。このような法への政治介入に、理論上の根拠を提供するのが社会的危害性論である。社会的危害性の判断は、規範によるものもあるが、究極においては政治的な判断に依存している。社会的危害性論は、法への政治介入にとっては、好都合の理論である。これらは、法秩序の自律性を奪っていくものであり、罪刑法定主義と対峙するものである。

2) 社会的危害性論は、中国刑法第13条の犯罪概念但書規定の正当化根拠となっている。この理論が批判されるようになった昨今では、犯罪概念規定但書をもって社会的危害性理論を美化しようとするものさえ登場してきている。犯罪概念規定但書が、刑法の謙抑性の理念に合致しているとされているからである。このような見解は、実態を見ようとしらないものである。犯罪概念規定但書には、その

受け皿として労働教養、収容教育、行政拘留の制度があるが、これらの制度は、そのサンクションの過酷さからみると、刑法の謙抑性の理念と背離しているものばかりである。

3) 社会的危害性は、判断の対象であると同時に、判断の基準でもある。その中身はないに等しい。逆に言えば、社会的危害性の中には何でも取り込まれうる。社会的危害性があるかないか、量的・質的にどのぐらい重大であるかは、その判断が、直観的・総体的な判断によるしかない。このように、社会的危害性論は、分析をせずに直観的・総体的な結論を正当化するためのレッテルにすぎない。この理論を用いれば、例えば積極的安楽死も簡単に正当化することができる。社会的危害性論は、論理的な分析が欠如しているがゆえに、この理論によって得られた結論を検証しまたは反証することは不可能である。

ケルゼンは、「ソヴィエト法理論は、殆んど専ら政治的諸要素によって支配される。イデオロギー的上部構造に関するマルクスの理論にしたがって、ソヴィエト法理論は、そもそもの最初から、社会主義対資本主義の戦いにおけるイデオロギー的武器となることが企てられた。ソヴィエト法理論はソヴィエト政府の政策の一切の変化におとなしく順応する。」と、旧ソ連の法理論を酷評している。ソヴィエト法理論から導入された一理論である社会的危害性論は、ケルゼンの言うような役割を持っていると思われる。刑法を政治介入から独立させようとするならば、まずは、刑法理論から社会的危害性論を排除すべきではなかろうか。

(4) 第3章について

本章の目的は、近年の中国における犯罪概念の特徴をめぐる複雑な議論について、主な学説を取り上げて紹介し、中国における犯罪概念論の全体像を浮き彫りにしようとしたものである。

中国では犯罪概念の特徴をめぐる華やかな論争が展開されているが、この論争は、実りの多い議論であるとは思えない。この論争は、犯罪の本質を究明しようとする「特徴論」に関するものであって、法学上の意味合いが極めて薄く、政治的意味合いが強かったのである。この特徴論がしきりに議論される理由は、刑法典上に規定されていることから解釈をしなければならないということのほか、社会的危害性を重視する立場とそれを限定的に捉えようとする立場との間に綱引

きがあったからである。このような犯罪概念の特徴をめぐる論争には、中国刑法における犯罪概念論の実念論的性格が反映されているが、犯罪の成立要件の理論である犯罪論として論じられていないことは明らかである。

犯罪概念特徴論において、犯罪概念は、実質的犯罪概念である社会的危害性と形式的犯罪概念である刑事違法性の両方によって構成されているとしているが、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念の関係については、理論上の混乱が続いている。この混乱は、実質的犯罪概念をどのように位置づけるべきかという問題から生じるものである。犯罪概念の規定が離実定刑法的な存在であるとか、あるいは刑法典の他の条文より一段上の高次的存在であるという支配的な考え方は、犯罪概念の理論上の混乱を招いている。実質的犯罪概念は、超越的離実定則法的な存在であると観念されながら、実定刑法の規定によってその存在の確認を受けていること自体、その超越性を有していないということを意味しているのではなからうか。

現行の1997年刑法典では、第3条に罪刑法定主義が導入されているが、それにより、形式的犯罪概念がより重視されて議論がなされている。しかし、刑事違法性は、社会的危害性との対概念として用いられており、その内容が定まっているわけではない。つまり、必ずしも犯罪論体系との関連において重要視されているのではないのである。むしろ、中国刑法においては、刑事違法性論ないし犯罪概念規定に依拠しない、罪刑法定主義に基づいた理論上の形式的犯罪概念を構築しなければならない。すなわち、論理的・形式的な犯罪論体系を構築しなければならない。なお、刑法第13条の規定は、刑法典上の一条文であるので、犯罪論の認識対象であって、犯罪論を規制する上位概念ではない。

(5) 第4章について

本章は、犯罪構成論の歴史的概観およびその基本的内容、犯罪構成論と犯罪概念との関係、従来の犯罪論体系を再構成する動きについて考察した上、ドイツや日本のような犯罪論体系を直接に導入すべきだと提案し、その上で形式的犯罪概念一元論および形式的犯罪論を強調すべきだと提言することを目的とした。

1) 犯罪構成論は、社会主義的合法性の強化に伴い、形成された犯罪の成立要件に関する理論である。本論文第1章に明らかにしたように、刑事違法性の概念も同様な背景で提示された概念である。しかし、この両者は、犯罪の本質を究明

するための社会的危害性に対抗できる理論ではなく、社会的危害性の支配下にある理論である。

犯罪構成論では、犯罪が成立するにはどのような要件によって構成されるべきか、各要件間の順序を如何にすべきなのかという議論がなされている。この議論は、通説によって提示されている、犯罪の客体、犯罪の客観的側面、犯罪の主体、犯罪の主観的側面という四つの要件とそれらを吟味する順序をめぐって展開されている。しかし、この各要件を組み直したり、各要件の順序を入れ替えたりする議論は、大きな意味を有するものではない。犯罪構成論の構造は、段階的・順次的な判断ではなく、平面的・総合的な判断の構造だからである。

2) 中国における伝統的犯罪論体系は、犯罪の成立要件である犯罪構成論のみによって構成されているのではなく、社会的危害性論あるいは犯罪概念論をも組み合わせたものである。この体系の中では、社会的危害性が上位に位置し、犯罪構成が社会的危害性を説明するための存在として下位に位置付けられている。犯罪構成論は、犯罪阻却事由の要素を有しておらず、社会的危害性論によって判断された有罪の結論を具体的に説明するためのものであって、「積極的犯罪成立要件」である。このように、中国における伝統的犯罪論体系は、社会的危害性に支配されている「二重構造的犯罪論体系」と言える。それは、犯罪概念が犯罪の本質を究明するための存在で、犯罪の成立要件を構築するものではなく、一方で、犯罪の成立要件である犯罪構成は犯罪概念によるものではない、という奇妙な体系であると指摘しうる。

3) 犯罪構成論に対する改善論が提起されている。改善論は、犯罪構成における犯罪の客体の要件を再解釈して、イデオロギー的概念をより法的な意味合いを持ったものに変更させることで、犯罪構成をより法的な理論に改善させようとするものである。このうち、犯罪の客体を犯罪構成から排除し、これを犯罪概念に一本化させることで、犯罪構成論をより形式的・法的なものに変更する見解は、最も評価できるものである。しかし、改善論は、犯罪構成論を法的な概念に若干近づかせただけであって、従来の犯罪論体系の大きな改善に繋がるものではない。

改善論は、従来の犯罪構成論の枠内において展開するものであるが、それに対し、全面的再構成論は、ドイツや日本の犯罪論体系のような体系の構築を目標とし、従来の犯罪論体系を再構成しようとするものである。この再構成論には、犯

罪構成論を再構成する見解と、犯罪概念特徴論を再解釈する見解がある。これらの見解は、一定の成功を収めたと言える。しかし、この再構成論のアプローチは、従来の理論の権威を借用して、実は従来の理論を否定しようとするもので、最初から論理的矛盾を孕んでいると思われる。

4) 以上のような状況の下で、罪刑法定主義を定着させるためには、伝統的犯罪論体系を放棄しなければならない、従来の犯罪概念論や犯罪構成論を基礎とはせずに、日本のような犯罪論体系を直接に導入すべきだと考える。なお、ドイツや日本の犯罪論体系を導入するに際しては、二つの点を強調すべきだと考える。すなわち、絶対的な犯罪本質論や実質的犯罪概念を排除し、形式的犯罪概念一元論を強調すべきだと考える。中国司法の現段階の状況を踏まえるならば、形式的犯罪論を強調すべきだと考える。論理的・形式的犯罪論体系は、判断のプロセスを可視化することにより、その判断の分岐点を明確にすることができ、結論について検証したり反証したりすることが可能になる。つまり、議論可能性があることにより、法解釈の客観性もある程度担保しうることになる。

このことは、中国の刑法学の進展にとって極めて重要なことである。

(6) 第5章について

本章は、第2章の補論という性格を持つ。本章の目的は、犯罪概念規定但書の受け皿の一つである治安管理処罰法について、刑法典との関係に焦点を合わせて検討し、その実態を明らかにすることを目的とした。

治安管理処罰法は、労働教養、収容教育の制度に比べて、大きな問題を抱えているとは言えない。治安管理処罰法は問題がないというのではなく、労働教養や収容教育の方があまりにも問題が大きくて明瞭なのである。本章は、現代中国における治安管理処罰法規の経緯を概観し、主に2005年に全面的に改正された治安管理処罰法（以下「05年新法」と略記す）の内容を紹介しつつ、刑法典との相互関係を考察し、中国刑事的制裁体系の一角を浮き彫りにしようとしたものである。

中国における治安管理処罰法規が、57年条例からスタートし、86年条例、94年改正条例を経て、現行の05年新法に至ったように、着実に改善してきたことは疑う余地がない。特に、救済の手続においては、57年条例の司法介入の拒絶から、86年条例の行政再議前置制度に変わり、そして05年新法では、行政再議前置制度

を廃止して直接に行政訴訟を求める途を開くことになった。また、警察による自由裁量の幅を縮小させることにより、警察権の行使が若干制限された。

しかし、治安管理处罰法の基本的な性格は変わっていない。その規制内容の大部分は刑事的であり、その制裁の手段である行政拘留は刑事罰的である。すなわち周辺刑法（Nebenstrafrecht）としての性質を持ちながら、手続上は、警察裁判権を認めているものとなっている。ここでは、刑罰の行政化が図られていると見ることができる。治安管理处罰法の実態を直視せずに、犯罪概念規定但書およびその正当化根拠を提供する社会的危害性論は刑法の謙抑性や非犯罪化の理念と合致すると解するのは、基本的に間違っている。

今回の05年新法の制定は、刑法典と整合性を図ることが強調されているが、両者はお互に調和しているとは言えない。刑法典では、1997年の全面改正を契機に、それまで拒否し続けていた罪刑法定主義をついに導入した。しかし、罪刑法定主義を導入してから10年以上を経たものの、罪刑法定主義と調和しにくい法制度や刑法理論体系が大きく変動するようには見えない。刑罰の行政化を図っている治安管理处罰法もその一つである。05年新法制定により、当分の間、治安管理处罰法が全面的に改正されないであろう。中国に罪刑法定主義が定着するには道遠しの感がある。治安管理处罰法の規制対象となっている行為類型やそれに対する制裁の実態を直視し、罪刑法定主義の定着に向けて、なお一層の改正が望まれる。

（7）終章について

本章は、本論文の考察によって得た結論をまとめることと今後の課題を展望することを目的とした。

1）本論文の考察によって得た結論は、次のように要約できよう。

- ① 現代中国刑法における犯罪概念史は、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念との対抗と妥協の歴史であった。その妥協の結果、イデオロギーに重きを置いている刑法典に、罪刑法定主義が導入されることとなった。
- ② マルクス主義の法の階級性原理を担う社会的危害性論は、法への政治介入を正当化し、法秩序の自律性を奪うものであって、罪刑法定主義と対峙するものである。社会的危害性論は、非論理的なものである。この理論は、分析せずに直観的な結論を正当化するためのレッテルにすぎず、これによって得

られた結論を検証しまたは反証することは不可能である。

- ③ 犯罪概念特徴論は、犯罪の本質を究明しようとするもので、実念論的性格を持っているが、犯罪の成立要件を構築しようとするものではない。また、犯罪概念の中での形式的犯罪概念である刑事違法性という概念は、社会的危害性の対概念であり、同様に犯罪の成立要件を構築する理論ではない。
- ④ 中国刑法における犯罪成立要件の理論である犯罪構成論の構造は、段階的・順次的な構造ではなく、平面的・総合的な構造である。中国の伝統的犯罪論体系は、犯罪構成論のみによって構築される体系ではない。この体系は、社会的危害性論（ないし犯罪概念論）と犯罪構成論との上下関係にある二つの理論によって構築されている「二重構造的犯罪論体系」である。すなわち、伝統的犯罪論体系は、社会的危害性論の支配下に置かれている体系である。

伝統的犯罪論体系の問題点を解決するために、改善論や全面的再構成論が提起されているが、それらの見解は抜本的なものではない。そこで、中国において罪刑法定主義の定着を図るために、筆者は、伝統的犯罪論体系を放棄して、ドイツや日本のような犯罪論体系を直接に導入すべきだと提案した。なお、導入するに際しては、形式的犯罪概念一元論と形式的犯罪論を強調すべきだと考えた。

- ⑤ 犯罪概念規定但書の受け皿の一つとして、社会的危害性論によって正当化されている具体的制度である治安管理処罰法は、刑罰の行政化の性格を有しているものである。この点を直視するならば、治安管理処罰法は刑法の謙抑性や非犯罪化の理念と程遠いものであることが分かる。将来的には、立法的な改正を視野に入れるべきであろう。

以上が本考察の結論である。

- 2) 今後の課題の展望としては、次のような考えを持っている。

本論文は、主に現代中国刑法における犯罪概念および伝統的犯罪論体系を批判的に考察し、その上でドイツや日本のような犯罪論体系を直接中国に導入すべきだと提案した。そして、中国において罪刑法定主義の定着を図るために形式的犯罪概念一元論と形式的犯罪論を強調するという方向性を打ち出したに止まっている。しかしながら、ドイツや日本の犯罪論体系には、さまざまな形態が存在しており、そのいずれが中国刑法に適切なかは検討を要する。また、構成要件論に

についても諸類型が展開されており、その適否を究明しなければならない、などの課題が残っている。

また、中国刑法の特有の問題として、各条文に規定されている構成要件には、情節犯および数額犯と呼ばれている犯罪の成否に係わる可罰条件が多く存在している。これらの規定を如何に犯罪論体系に取り組むことが可能かという問題も残っている。

これらの問題については、今後の課題としたい。

II 審査報告

審査委員

主査 専修大学法科大学院 教授 日高 義博

副査 専修大学法科大学院 教授 岩井 宜子

副査 専修大学法学部 准教授 岡田 好史

張光雲の博士課程学位論文について、平成23年10月11日、法学研究科委員会において審査委員会が設置された。それ以来、審査委員会は、慎重な審査を行い、11月18日には、審査委員3名による最終試験（口述試験）を実施した。

最終試験実施後、審査委員会は、論文審査及び最終試験の結果として、張光雲には博士の学位を授与される適格性が充分にあると判断した。

【学位請求論文の要旨】

（1）中国では、1997年に刑法の全面改正が行われ、新刑法典では初めて罪刑法定主義の原則（第3条：法律が明文で犯罪行為と規定する場合は、法律により罪を確定し、刑に処する。法律が明文で犯罪行為と規定していない場合は、罪を確定し、刑に処してはならない。）が導入された。類推適用の制度を保持してきた中国刑法が近代刑法の基本原則である罪刑法定主義を導入したことは、刑法システムを大きく転換することになると思われる。しかし、一方で、新刑法典の第

13条は、旧刑法典（1979年刑法）以来の社会的危害性論を土台にした犯罪概念規定をほぼ同じ形で規定していることから、罪刑法定主義が定着するには、なお解決すべき様々な問題点を抱えている。このような現代中国刑法の状況を踏まえ、本論文は、現代の中国刑法における犯罪概念規定および犯罪成立要件の基礎理論を分析・検討し、その問題点を指摘しつつ、近代刑法を探り入れた日本刑法を対照しながら、罪刑法定主義の定着化を図るための理論的方向性を提示しようとしたものである。

新刑法典13条の犯罪概念規定には、社会的危害性を中核とした実質的犯罪概念が取り込まれているが、社会的危害性は、中国の刑罰法規や刑法理論の中心的位置に据えられており、刑罰法規の正当化根拠や刑法理論の展開の出発点にされている。このような法状況にあって罪刑法定主義をどのように定着させていくことができるのかが本論文の狙いであるが、考察の手順としては、次のような方法が採られている。

まず、犯罪概念の歴史的背景を明らかにし（第1章）、次に、実質的犯罪概念を担っている社会的危害性論の実体を究明している（第2章）。そして、犯罪概念特徴論の検討に入っているが（第3章）、ここでは、罪刑法定主義の担い手としての意味合いを含み持っている刑事違法性と社会的危害性との関係がどのように捉えられているのかを明らかにしている。続いて、犯罪概念と犯罪構成論との関係を分析し（第4章）、罪刑法定主義の定着を図るための理論的方向性を検討している。最後に、犯罪概念の例外である刑法第13条の「犯罪概念規定但書」がどのような機能を有しているかを明らかにするため、但書の受け皿の一つである治安管理处罰法の実態の解明がなされている（第5章）。以上のことにより、実質的犯罪概念を規定する中国刑法の下で、罪刑法定主義の定着化を図るためにどのような犯罪理論を構築すべきかを提示しようとしている。

（2）各章の要旨は、次のようである。

〔1〕第1章においては、中国刑法における犯罪概念、及びその前史である旧ソ連における犯罪概念の歴史的概観について考察がなされている。

旧ソ連の犯罪概念は、三つの段階を経て確立された。1917年の新政権初期段階において革命的法意識に反しない限りにおいて旧法の適用を容認する措置をとったが、ほどなく旧法を一切継受しないという措置をとった。その時点では法制度

がまだ整備されていなかったため、法体系上に大きな空白が生じていた。そのため、実質的犯罪概念がほとんど制約されることなく適用された。1919年以降においては、刑法が制定されたが、犯罪概念の規定には社会的危険性つまり実質的犯罪概念だけが規定されていた。実質的犯罪概念が類推適用の正当化根拠および基準を提供していた。1958年以降では、類推適用の許容規定が廃止され、罪刑法定主義を導入した刑法典が制定された。それにより、形式的犯罪概念の要素が犯罪概念の規定に導入されたが、実質的犯罪概念も残された。犯罪概念の規定は、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念要素の二元的構造になった。

中国刑法の犯罪概念も、おおよそ旧ソ連と同じような三つの段階を経てきた。建国期の段階では、旧法の一切不継受を出発点とした。この時期は、法律なき犯罪を正当化する実質的犯罪概念が支配した。その期間は、旧ソ連より二十数年も長かった。文化大革命を経た後の段階では、旧ソ連と同様、類推適用を許容する1979年刑法典が制定された。ただし、形式的犯罪概念の要素も犯罪概念の規定に一応導入されたことから、この段階で、犯罪概念の規定は二元的構造となった。1997年には、旧ソ連と同じく、類推適用規定を廃止して罪刑法定主義を導入した新刑法典が制定されたが、なお実質的犯罪概念が犯罪概念規定の中に残されている。

犯罪概念の実質的定義だけを重視すれば、実定法の存在を無視してもよいことになり、さらに、この実質的犯罪概念の考えを徹底すれば、法ニヒリズムという帰結にもなる。しかし、実定法を介在しない社会秩序づくりは成功せず、社会の混乱を招いてしまうだけの結果となった。それに対する反省から、実定法も次第に重視されるようになった。実定刑法がより充実されるにつれて、形式的犯罪概念も重要視されることになった。これにより、刑事違法性、つまり形式的犯罪概念も犯罪概念に採り入れられ、犯罪概念規定は二元的構造となった。このように、中国における犯罪概念史およびその前史は、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念との対抗と妥協の歴史であったと指摘する。

罪刑法定主義が導入された今日においては、実質的犯罪概念の中核である社会的危害性がどのような機能を持つのか、また社会的危害性と刑事違法性とは犯罪概念の中でどのような関係を有することになるのか、といった問題を解明する必要に迫られているとしている。

〔2〕第2章においては、中国刑法における中心的な存在である社会的危害性論の思想的背景を明らかにし、犯罪概念規定但書との問題点や社会的危害性の概念をめぐる論争について考察がなされている。

1949年の共産党新政権の誕生以後、中国においては、階級性原理によって形成された人民民主主義專政（独裁）の観念が支配的である。人民民主主義專政の観念が刑法上に理論化されたものが、社会的危害性論である。社会的危害性のイデオロギー的な機能は、人民民主主義專政論を刑法上に実現することである。

人民民主主義專政の下では、法への政治介入は制度化されている。このような法への政治介入に、理論上の根拠を提供するのが社会的危害性論である。社会的危害性の判断は、規範によるものもあるが、究極においては政治的な判断に依存している。社会的危害性論は、法への政治介入にとっては、好都合の理論である。これらは、法秩序の自律性を奪っていくものであり、罪刑法定主義と対峙するものであると指摘する。

社会的危害性論は、中国刑法第13条の犯罪概念但書規定の正当化根拠となっている。犯罪概念規定但書が刑法の謙抑性の理念に合致しているとする見解もあるが、それは、実態を見ようとししないものである。犯罪概念規定但書には、その受け皿として労働教養、収容教育、行政拘留の制度がある。これらの制度は、そのサンクションの過酷さからみると、刑法の謙抑性の理念とは背離している。

社会的危害性は、判断の対象であると同時に、判断の基準でもある。逆に言えば、社会的危害性の中には何でも取り込まれうる。社会的危害性があるかないか、量的・質的にどのぐらい重大であるかは、直観的・総体的な判断によるしかない。この理論を用いれば、例えば積極的安楽死も簡単に正当化することができる。

社会的危害性論は、論理的な分析が欠如していることから、この理論によって得られた結論を検証または反証することが不可能であると指摘している。

ケルゼンは、「ソヴィエト法理論は、殆んど専ら政治的諸要素によって支配される。イデオロギー的上部構造に関するマルクスの理論にしたがって、ソヴィエト法理論は、そもそもの最初から、社会主義対資本主義の戦いにおけるイデオロギー的武器となることが企てられた。ソヴィエト法理論はソヴィエト政府の政策の一切の変化におとなしく順応する。」と、旧ソ連の法理論を酷評している。ソヴィエト法理論から導入された一理論である社会的危害性論は、ケルゼンの言う

ような役割を持っていると思われるとし、刑法を政治介入から独立させようとするならば、刑法理論から社会的危害性論を排除することも考えるべきものとしている。

〔3〕第3章においては、近年の中国における犯罪概念の特徴をめぐる複雑な議論について、主な学説を取り上げて紹介し、中国における犯罪概念論の全体像を浮き彫りにしている。

中国では犯罪概念の特徴をめぐる華やかな論争が展開されている。この論争は、犯罪の本質を究明しようとする「特徴論」に関するものであって、法学上の意味合いが極めて薄く、政治的意味合いが濃い。この特徴論がしきりに議論される理由は、刑法典上に犯罪概念が規定されていることから解釈をしなければならないというだけでなく、社会的危害性を重視する立場とそれを限定的に捉えようとする立場との論争の場になっているからである。犯罪概念の特徴をめぐる論争には、中国刑法における犯罪概念論の実念論的性格が反映されているが、犯罪の成立要件の理論である犯罪論として論じられていないことは明らかである、と指摘している。

犯罪概念特徴論においては、犯罪概念は、実質的犯罪概念である社会的危害性と形式的犯罪概念である刑事違法性の両方によって構成されているとされているが、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念との関係については、理論上の混乱が続いている。この混乱は、実質的犯罪概念をどのように位置づけるべきかという問題から生じるものである。犯罪概念の規定が離実定刑法的な存在であるとか、あるいは刑法典の他の条文より一段上の高次的存在であるという支配的な考え方は、理論上の混乱を招いている。実質的犯罪概念は、超越的離実定刑法的な存在であると観念されながら、実定刑法の規定によってその存在の確認を受けていること自体、超越性を有していないとことを意味することになろうとの指摘がなされている。

現行の1997年刑法典には、第3条に罪刑法定主義が導入されている。このことから、形式的犯罪概念をより重視する議論がなされている。しかし、刑事違法性は、社会的危害性との対概念として用いられており、その内容が定まっているわけではない。刑事違法性は、必ずしも犯罪論体系との関連において重要視されているのではない。このことを考慮するならば、中国刑法においては、刑事違法性

論ないし犯罪概念規定に依拠しない、罪刑法定主義に基づいた理論上の形式的犯罪概念を構築する必要があると指摘している。すなわち、中国刑法においても、論理的・形式的な犯罪論体系を構築する必要があると主張するのである。なお、刑法第13条の規定は、刑法典上の一条文であることから、犯罪論の認識対象であって、犯罪論を規制する上位概念ではないと解すべきものとしている。

〔4〕第4章においては、犯罪構成論の歴史的概観及びその基本的内容、犯罪構成論と犯罪概念との関係、従来の犯罪論体系を再構成する動きについて検討を加え、罪刑法定主義を導入後のあるべき犯罪論体系及び犯罪論を導き出す試みがなされている。

犯罪構成論は、社会主義的合法性の強化に伴い、形成された犯罪の成立要件に関する理論である。この理論は、刑事違法性の概念と同様に社会的危害性論の支配下に置かれている。犯罪構成論では、犯罪が成立するにはどのような要件によって構成されるべきか、各要件間の順序を如何にすべきなのかという議論がなされる。この議論は、犯罪の客体、犯罪の客観的側面、犯罪の主体、犯罪の主観的側面という四つの要件とそれらを吟味する順序をめぐる展開される。しかし、この犯罪構成論の構造は、段階的・順次的な判断ではなく、平面的・総合的な判断の構造であるため、各要件を組み直したり、その順序を入れ替えたりする議論には、大きな意味を見出せないとしている。

中国における伝統的犯罪論体系は、犯罪の成立要件である犯罪構成論のみによって構成されているのではなく、社会的危害性論あるいは犯罪概念論をも組み合わせたものである。この体系の中では、社会的危害性が上位に位置し、犯罪構成は社会的危害性を説明するための存在として下位に位置付けられている。犯罪構成論は、犯罪阻却事由の要素を有しておらず、社会的危害性論によって判断された有罪の結論を具体的に説明するためのものであって、「積極的犯罪成立要件」であるとする。また、中国における伝統的犯罪論体系は、社会的危害性に支配されている「二重構造的犯罪論体系」であると指摘している。犯罪概念は犯罪の本質を究明するための存在で、犯罪の成立要件を構築するものではなく、一方、犯罪の成立要件である犯罪構成は犯罪概念によるものではないのである。

犯罪構成論については、現在では、改善論も提起されている。改善論は、犯罪構成における「犯罪の客体」の要件を再解釈して、イデオロギー的概念をより法

的な意味合いを持ったものに変更させることで、犯罪構成をより法的な理論に改善させようとするものである。改善論のなかで、犯罪の客体を犯罪構成から排除し、これを犯罪概念に一本化させることで、犯罪構成論をより形式的・法的なものに変更する見解は、最も評価できるものである。しかし、改善論は、犯罪構成論を法的な概念に若干近づかせただけであって、従来の犯罪論体系を大幅に改善することに繋がるものではないとする。

改善論は、従来の犯罪構成論の枠内において展開するものである。これに対して、全面的再構成論は、ドイツや日本の犯罪論体系のような体系の構築を目標とし、従来の犯罪論体系を再構成しようとするものである。この再構成論には、犯罪構成論を再構成する見解と、犯罪概念特徴論を再解釈する見解がある。これらの見解は、一定の成功を収めている。しかし、この再構成論のアプローチは、従来の理論の権威を借用して、実は従来の理論を否定しようとするもので、最初から論理的矛盾を孕んでいるとしている。

このような状況の下で、罪刑法定主義を定着させるには、伝統的犯罪論体系を放棄しなければならないと主張する。すなわち、従来の犯罪概念論や犯罪構成論を基礎とせず、日本のような犯罪論体系を導入すべきだとする。ドイツや日本の犯罪論体系を導入するに際しては、絶対的な犯罪本質論や実質的犯罪概念を排除し、形式的犯罪概念一元論を強調すべきだとする。論理的・形式的犯罪論体系は、判断のプロセスを可視化することにより、その判断の分岐点を明確にすることができ、結論について検証したり反証したりすることが可能になる。つまり、議論可能性があることにより、法解釈の客観性もある程度担保しうることになる。このことは、中国の刑法学の進展にとって極めて重要なことであるとしている。

〔5〕第5章においては、新刑法典第13条の犯罪概念規定の「ただし、情節が著しく軽く危害が大きくない場合は、犯罪としない。」という但書の受け皿の一つである治安管理处罰法について、刑法典に規定する各犯罪類型との関係を照合しながら、その実態を明らかにしている。これは、周辺刑法において社会的危害性がどのように機能しているのかを解明する試みである。中国における治安管理处罰法は、2005年に全面的に改正されたが（以下「05年新法」と略記す）、その規定内容と刑法典との相互関係を考察し、中国刑事的制裁体系の一角を浮き彫りにしようとするものである。

中国における治安管理处罰法規は、57年条例からスタートし、86年条例、94年改正条例を経て、現行の05年新法に至った。この間、着実に改善がなされてきている。特に、救済の手續においては、57年条例の司法介入の拒絶から、86年条例の行政再議前置制度に変わり、そして05年新法では、行政再議前置制度を廃止して直接に行政訴訟を求める途を開くことになった。また、警察による自由裁量の幅を縮小させることにより、警察権の行使が若干制限されものになっている。

しかしながら、治安管理处罰法の基本的な性格は変わっていないとする。その規制内容の大部分は刑事的であり、その制裁の手段である行政拘留は刑事罰である。周辺刑法としての性質を持ちながら、手續上は、警察裁判権を認めたものとなっている。ここでは、刑罰の行政化が図られていると見ることができる。治安管理处罰法の実態を直視せずに、犯罪概念規定但書およびその正当化根拠を提供する社会的危害性論が刑法の謙抑性や非犯罪化の理念と合致すると解するのは、基本的に見誤っているとしている。

今回の05年新法の制定は、刑法典との整合性を図ることが強調されているが、両者はなお調和しているとは言い難いとしている。刑法典では、1997年の全面改正を契機に、それまで拒否されていた罪刑法定主義が導入された。それ以後、10年以上経過したものの、罪刑法定主義と調和し難い法制度や刑法理論体系が大きく変動してきているようには見受けられない。刑罰の行政化を図っている治安管理处罰法もその一つである。05年新法の制定により、当分の間、治安管理处罰法の全面的な改正はなされないであろう。周辺刑法まで罪刑法定主義が定着するには道遠しの感があるけれども、治安管理处罰法の規制対象となっている行為類型やそれに対する制裁の実態を直視し、罪刑法定主義の定着に向けて、なお一層の改正が望まれるとしている。

〔6〕終章においては、本論文の結論をまとめ、今後の課題が述べられている。結論は、次のような点に要約されよう。

1) 現代中国刑法における犯罪概念史は、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念との対抗と妥協の歴史であった。1997年に至って、イデオロギーに重きを置いていた刑法典に、罪刑法定主義が導入された。そのことから、階級性原理を担う社会的危害性論をはじめとして、従来の犯罪理論との調整が問題になっている。まず、犯罪概念特徴論は、犯罪の本質を究明しようとするものであり、犯罪の成立要件

を構築しようとするものではない。犯罪概念の中での形式的犯罪概念要素である刑事違法性という概念は、社会的危害性の対概念であり、同様に犯罪の成立要件を構築する理論ではない。

2) 中国刑法における犯罪成立要件の理論である犯罪構成論の構造は、段階的・順次的な構造ではなく、平面的・総合的な構造である。中国の伝統的犯罪論体系は、犯罪構成論のみによって構築されているわけではなく、社会的危害性論(ないし犯罪概念論)と犯罪構成論との上下関係にある二つの理論によって構築されている「二重構造的犯罪論体系」である。伝統的犯罪論体系は、社会的危害性論の支配下に置かれている。

3) 伝統的犯罪論体系の問題点を解決するために、改善論や全面的再構成論が提起されているが、それらは抜本的な解決を図るものではない。中国刑法において罪刑法定主義の定着を図るためには、伝統的犯罪論体系を放棄して、ドイツや日本のような犯罪論体系を直接に導入すべきことを提案する。導入に際しては、形式的犯罪概念一元論と形式的犯罪論を強調すべきだとする。

4) 犯罪概念規定但書の受け皿の一つとして治安管理处罰法がある。治安管理处罰法は、社会的危害性論によって正当化されているが、刑法の謙抑性や非犯罪化の理念とは程遠いものである。刑罰の行政化の性格を有している。将来的には、立法的な改正を視野に入れるべきであろうとしている。

以上が本論文の結論の要約である。今後の課題としては、次の点が挙げられている。

5) 本論文は、中国刑法に罪刑法定主義の定着化を図るために、形式的犯罪概念一元論と形式的犯罪論を強調するという方向性を打ち出したに止まっている。形式的犯罪論を展開するにしても、ドイツや日本の犯罪論体系には、さまざまな形態が存在しており、そのいずれが中国刑法に適切なかは検討を要する。また、構成要件理論についても諸類型が展開されており、その適否を究明しなければならない。これらは、今後の課題である。

6) 中国刑法の特有の問題として、各条文に規定されている構成要件には、情節犯および数額犯と呼ばれている犯罪の成否に係わる可罰条件が多く存在している。これらの規定を如何に犯罪論体系に取り組むことが可能かという問題も残っている。

【本論文の評価】

(1) 本論文は、中国の新刑法典（1997年刑法）第3条に罪刑法定主義が導入されたことに伴い、従来の伝統的な刑法理論の再構成がなされつつある昨今の状況にあって、罪刑法定主義の定着化を図るために、形式的犯罪概念一元論および形式的犯罪論を指向する刑法理論を構築していく必要があることを説くものである。この理論的方向性を引き出すために、本論文は、中国刑法における犯罪概念の歴史的経緯を丹念に分析し、伝統的な刑法理論の中核になっている社会的危害性論、犯罪特徴論、犯罪構成論の各機能を検討して、罪刑法定主義の観点から理論的な整合性を見出しうるか否かを論究しており、刑法の基礎理論に関する深い洞察力を示している。

刑法第13条に規定する犯罪概念は、「国家の主権及び保全に危害を与え、国家を分裂させ、人民民主独裁の政権を転覆し、社会主義制度を覆し、社会秩序と経済秩序を破壊し、国有財産又は勤労大衆による集団所有の財産を侵害し、公民の私的所有の財産を侵害し、公民の人身の権利、民主的権利及びその他の権利を侵害し、又はその他社会に危害を与える行為で、法律に基づいて刑罰による処罰を受けなければならない場合は、すべて犯罪である。ただし、情節が著しく軽く危害が大きくない場合は、犯罪としない。」というものである。

この犯罪概念規定は、社会主義刑法の中核をなしている社会的危害性論を基底にしたものであり、実質的犯罪概念と形式的犯罪概念が混在したものになっている。いわゆる混合的犯罪概念の形態をとっている。犯罪概念の全てのファクターが社会的危害性の統括下に置かれていることから、積極的犯罪成立要件論と結び付く一方、近代刑法の基本原則である罪刑法定主義と相容れない側面を有している。すなわち、罪刑法定主義は形式的犯罪概念を規制する原理として機能するものであることを考えると、実質的犯罪概念を基にした犯罪構成論に対しては機能不全に陥ることになるからである。逆に、罪刑法定主義を機能させるためには、犯罪構成論を実質的犯罪概念と切り離し、形式的犯罪概念を組み込んだ犯罪成立要件論へと切り替えていく必要があるのである。

本論文は、刑法第3条に罪刑法定主義が導入されたことから、第13条の犯罪概念規定の混合的犯罪概念を基にした犯罪概念特徴論や伝統的犯罪構成論には機能的な限界があることを明らかにし、第13条の犯罪概念規定とは直結しない犯罪成

立要件論ないし犯罪論体系を構築することで、第3条に規定する罪刑法定主義を中国刑法に定着させる道を拓こうとするものである。

(2) 本論文の考察の中には優れた論述が随所に見受けられるが、その主な点は、次のようなものである。

まず第1点は、中国刑法が実質的犯罪概念を刑法典に規定化するに至るまでの歴史的経緯が丹念に描き出されていることである。日本での中国刑法研究においては、従来明らかではなかった部分が本論文によって鮮明に解き明かされている。中国刑法の発展に大きな影響を与えたのは旧ソ連の刑法であるが、旧ソ連刑法の犯罪概念が三段階の発展過程を経たのと同様に、中国刑法の犯罪概念も三段階の発展過程を経て来たことを明らかにしている。

すなわち、建国期の段階においては、旧法の一切の不継受を出発としたことから、法律なき犯罪を正当化するため社会的危害性を中核とした実質的犯罪概念が支配した(第一段階)。刑法の空白を補うため、法の階級制原理を内在化した実質的犯罪概念が必要であったのである。この状態が約30年間続き、文化大革命を経た後、類推適用を許容する刑法典(1979年刑法)が制定された。この刑法典では、犯罪概念規定の中に、実質的犯罪概念に加えて形式的犯罪概念の要素も導入されたことから、犯罪概念の規定が二元的構造となった(第二段階)。犯罪概念が社会的危害性を中核とした一元的構造から二元的構造に移行したものの、類推適用が許容されていたことから、理論的な不整合は生じなかった。その後、「国際スタンダード」を目指すということから、類推適用規定を廃し、1997年に新刑法が制定された(第三段階)。

新刑法典には、第2条に刑法の任務規定を置き、第13条には混合的犯罪概念の規定を置いて伝統的な犯罪理論を保持した上、新たに第3条に罪刑法定主義の規定が導入された。そのため、犯罪概念規定における社会的危害性ならびに刑事違法性と罪刑法定主義とが拮抗する状況を呈しているが、この問題をどのように解決するかは、現代中国刑法の大きな課題であるとしている。建国期の法律なき犯罪の状況から新刑法典の制定までの過程を、社会の変動と刑事立法資料を交えながら検討し、現代中国刑法の課題を抽出していることは、本論文の優れた研究成果の一つである。

第2としては、新刑法典においても、犯罪概念規定の中心に社会的危害性論が

据えられており、かつそれは実質的犯罪概念であることから、犯罪概念規定を出発点として段階的犯罪論体系を構築することは理論的に困難であるとして、形式的犯罪概念論の範疇の中において、犯罪の成立要件を吟味するための犯罪論体系を構築すべきであるとした点は、罪刑法定主義を導入した後の刑法理論の方向性を示すものとして評価しうる。犯罪特徴論や犯罪構成論などが錯綜する現代中国刑法の理論状況の中にあつて、本論文の提示した刑法理論モデルは、罪刑法定主義の問題を解決するために有用であると言えよう。

中国の伝統的犯罪論体系は、犯罪概念の中核をなしている社会的危害性論と平面的・総合的な構造を有している犯罪構成論とからなる「二重構造的犯罪論体系」であるとする本論文の指摘からすると、罪刑法定主義を導入した現段階においては、犯罪概念規定から形式的犯罪概念要素を分離し、後者について罪刑法定主義の機能が及ぶように理論を組み立てることは、今後の刑法理論の進展にとつて有用であると考えられる。

もっとも、その場合にあつても、刑法第13条が刑法解釈にどのような機能をもつことになるのかは、なお検討すべき課題として残されよう。理論的には、実質的犯罪概念を違法性論や刑事立法論に機能させることになると思われるが、この理論的枠組みは、罪刑法定主義を明治期に導入し、構成要件理論を展開している日本刑法においても、すでに膾炙されているところである。実質的犯罪概念は聞かれた概念であることから、法システムの異なる中国刑法においても、理論的枠組みの変容は可能であると思われる。

第三点としては、2005年に新たに制定された治安管理処罰法（日本語訳としては、張光雲「中華人民共和國治安管理処罰法——翻訳および用語注——」専修法研論集第44号169-204頁）について、その歴史的経緯をたどりながら、規定内容を刑法典上の犯罪類型と対比し、その実態を明らかにしたことは、中核刑法と周辺刑法との繋がりを明らかにした先行論文として注目に値する。

本論文によると、治安管理処罰法は、刑法第13条の犯罪概念但書の受け皿として規定されたものであり、社会的危害性論によって正当化されているが、刑法の謙抑性や非犯罪化の理念とは程遠いものであると指摘している。治安管理処罰法は、事案処理手続の面から見ると、刑罰の行政化という性格を有しているが、刑事的制裁体系の一角をなすものであり、周辺刑法として位置づけられるべきもの

であるとした点が注目される。罪刑法定主義の導入は周辺刑法の領域にも波及することを考慮に入れ、将来的には周辺刑法の改正も視野に入れる必要があるとする本論文の指摘は、現代中国刑法の進展にとって越えなければならない課題の一つとなろう。

(3) 中国の新刑法典に罪刑法定主義が導入されたことに伴い、伝統的な刑法理論の見直し並びに再構成が迫られている中で、罪刑法定主義の定着化を図るための刑法理論モデルとして、形式的犯罪概念一元論および形式的犯罪論を提示することにより、問題解決の糸口を見出そうとした本論文は、刑法理論の基礎を論究した質の高い研究論文である。結論を導き出すための研究方法は適確であり、刑事制裁法規の歴史的経緯ならびに理論的推移の分析は堅実かつ緻密であり、説得力のある論攷となっている。

さらに、明治期に罪刑法定主義を導入し、形式的犯罪概念のもとで罪刑法定主義を機能させている日本刑法と対比すべく、長年の日本刑法理論の研究を基礎として、日本語で本論文を書き上げている。日本刑法理論はドイツ刑法理論との接点を多く有するため、ドイツ刑法理論の知識も必要であるが、それも本論文の基礎に据えられている。本論文には、比較法的手法の成果が随所に見受けられるが、中国刑法を研究対象に日本語を駆使して書き上げられていることから、その研究成果は、日本における中国刑法研究にも大きく寄与するものである。

以上のことから、審査員は一致して本論文が課程博士論文に値するものであることを認めた。なお、本論文の最後に記されているように、今後の課題も残されている。罪刑法定主義の定着化を図るため、中国刑法に段階的犯罪論体系を組み入れるとしても、さらにどのような構成要件理論が適合するのかを究明する必要がある。また、罪刑法定主義の問題を、犯罪特徴論および犯罪構成論とは切り離なされた犯罪成立要件論のレベルで解決するとしても、刑法解釈論と刑法第13条の犯罪概念規定との関わりをどのように整理するのも検討課題になるであろう。中国刑法理論と日本刑法理論との架け橋を築くべく、これらの課題の解決に向けた研究の進展が望まれる。

III 学位授与要記

- 一 氏名・本籍 張 光雲（中国）
- 二 学位の種類 博士（法学）
- 三 学位記番号 博法甲第二十四号
- 四 学位授与の条件 学位規則第四条第一項該当
- 五 学位授与年月日 平成二十四年三月二十二日
- 六 学位論文題目 中国刑法における犯罪概念と犯罪の構成
——日本刑法との比較を交えて——
- 七 審査委員 主査 専修大学法科大学院 教授 日高 義博
副査 専修大学法科大学院 教授 岩井 宣子
副査 専修大学法学部 准教授 岡田 好史